DIREITO À SAÚDE X PANDEMIA

A JUDICIALIZAÇÃO EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS: QUANDO O DIREITO ENCONTRA A REALIDADE

EDUARDO PEREZ OLIVEIRA
& WILLIAM DOUGLAS

Não julgueis segundo a aparência,
mas julgai segundo a reta justiça.

João 7:24

Dedicatória

Dedicamos esse livro aos cientistas, pesquisadores, profissionais da saúde, ministros religiosos e servidores públicos que, cumprindo suas missões, e colocando em risco a própria segurança pessoal e de sua família, hoje e sempre se dedicam a prover saúde e segurança para todos.

Os Autores

Eduardo Perez Oliveira

- Juiz de Direito.
- Coordenador do Comitê Executivo Estadual do Fórum Nacional de Saúde do Judiciário em Goiás e coordenador do Nat-Jus Goiás.
- Pós-Graduado em Processo Constitucional e em Filosofia.
- Mestrando em Filosofia pela Universidade Federal de Goiás.

William Douglas

- Juiz Federal.
- Mestre em Direito
- Pós-graduado em Políticas Públicas e Governo
- Professor universitário.
- Escritor.

Outros livros dos autores em:

@williamdouglas

@livrariaconcursar

@editoraimpetus

Sumário

I

As escolhas trágicas: entre o desejo e a realidade

Este breve estudo tem por objetivo suscitar o debate sobre a escassez de recursos na área de saúde e os critérios distributivos, notadamente em momentos de crise. Em outras palavras, por exemplo, havendo menos leitos que doentes, como selecionar quais serão atendidos e quais ficarão sem atendimento?

A opção destas reflexões é por uma linguagem que permita ser entendida por todos, não só por aqueles que lidam com o Direito, uma vez que o debate sobre saúde e justiça abrange toda a população.

Como a arte imita a vida, convém ilustrar o que seria uma escolha trágica com o filme chamado "A Escolha de Sofia", no qual a protagonista, prisioneira de guerra, é forçada por seu captor nazista a optar por qual de suas duas crianças será morta. Caso não o faça, o oficial hitlerista matará a ambas (http://www.adorocinema.com/filmes/filme-2362/).

O conceito de trágico grosseiramente resumido é estar-se diante de uma situação em que, ou não há escolha nenhuma, ou não há uma escolha sem significativa perda.

Crianças que se desafiam entre si perguntam uma à outra: "Quem salvaria se pudesse escolher um só, teu pai ou tua mãe?". Tais situações foram exploradas excessivamente nos filmes, novelas, romances e peças teatrais: a tragédia que nos coloca

submissos aos eventos sobre os quais não temos nenhum controle ou direção, quando muito podendo decidir acerca de um caminho que imaginamos ser o menos pior.

Quem é humano, e todos somos, já se deparou com eventos como esse que, em maior ou menor grau, nos exigiram tomar decisões que afetaram a nossa vida e a de outros.

Somos chamados a tomar essas decisões com mais frequência do que gostaríamos, e às vezes elas são cruciais: escolher entre Maria ou Joana, para namorar e casar, ou entre concurso ou advocacia são decisões que, embora não tão dramáticas quanto escolher quem salvar num naufrágio, impactam toda a existência subsequente.

Mas aqui iremos nos referir a dois profissionais em particular que vivem isso em seu cotidiano e até por esse motivo possuem um nível de stress altíssimo: médicos e juízes (COSTI, 2013).

A hipótese que abre essas breves reflexões traz um dilema de saúde, mas não aponta quem é responsável por resolvê-lo. Certamente a maioria dos leitores pensou logo na figura do médico, ou quem lhe faça as vezes, que deverá escolher quem será atendido diante da escassez de recursos.

É muito comum que os médicos sejam tachados como profissionais frios e distantes, mas basta um breve exercício mental considerando as escolhas que deve tomar diariamente para entender que decidir sobre a vida alheia em instantes impede qualquer possibilidade de "fofura terapêutica", reservada talvez àqueles trabalhadores que se encontrem em situações mais tranquilas.

Os juízes também costumam ser tidos como frios ou insensíveis em certos momentos, justamente porque ao decidir é mais raro encontrar disputas entre heróis e vilões do que entre pessoas comuns, casos nos quais ambos têm suas razões e

aquele que é vencido dificilmente compreende que os magistrados também têm suas "escolhas de Sofia" no exercício do cargo. Às vezes a lei resolve essa questão, mas nem sempre.

Façamos um outro exercício imaginativo. Coloque-se como médico em um hospital de emergência com apenas dez leitos, pouco pessoal e poucos equipamentos, recebendo ambulâncias que trazem trinta passageiros feridos em um acidente com um ônibus. Seu desejo de atender a todos consegue se compatibilizar com o fato de que não há como fazer isso? Evidentemente que não.

Então você precisa escolher. Quais os critérios?

Esse é um dilema muito similar àquele realizado em aulas de ética chamado "Dilema do Bonde".

Pense em um bonde descontrolado. Logo adiante dele estão cinco pessoas amarradas aos trilhos. É possível apertar um botão, mas se isso for feito o bonde irá se desviar e matar uma pessoa que está distraída no outro trilho. Você apertaria o botão?

A maioria das pessoas submetida a esse teste entende que é preciso apertar o botão para salvar o maior número de vidas.

Existe, contudo, uma variação. Pense que você está em cima de uma ponte e há um desconhecido ao seu lado. De repente, nota o mesmo bonde descontrolado indo na direção das mesmas cinco pessoas amarradas. O único jeito de parar o veículo é empurrando o homem para brecar o trem. Você faria isso?

Já nesse caso a maioria das pessoas não empurraria o homem, porque entende que na primeira situação não há intenção de matar quem está no trilho, o dano é colateral, e na segunda, já há uma participação ativa.

Com certeza o debate ético sobre o tema conduziria a uma longa discussão. Acreditamos que dificilmente bondes serão vistos pela cidade, mas não é impossível que profissionais que

decidem a vida alheia tenham que “empurrar o homem” para salvar alguém. Outro exemplo por vezes mencionado é o do homem moribundo que pode doar órgãos. Alguém abreviaria sua morte para salvar outras pessoas, que precisam de rim, fígado ou coração e não podem esperar mais?

II

Dilemas éticos reais: Itália, coronavírus e o utilitarismo

É, infelizmente, o que está acontecendo com a Itália, que enfrenta um grave episódio de coronavírus (COVID-19), e em virtude da falta de recursos médicos lançou recentemente uma cartilha para tratar do assunto (VERGANO, 2020).

Basicamente o texto reconhece que haverá, como de fato houve, um cenário de exceção e desequilíbrio entre a necessidade clínica real da população e a disponibilização efetiva de recursos. A proposta é que, considerando o cenário de "medicina da catástrofe", as equipes utilizem a justiça distributiva, ou mais claramente, o utilitarismo como critério de alocação de recursos.

A orientação é expressa: num contexto de grave carência de recursos sanitários deve-se garantir o tratamento de caráter intensivo ao paciente com maior possibilidade de sucesso terapêutico, privilegiando a "maior esperança de vida".

Um complicador seria o seguinte: um paciente tem 60% de chances de sobrevivência e outro, 80%, mas aquele com 60% é um profissional da saúde ou um cientista, pessoas que podem ser mais úteis à coletividade no combate ao vírus. Será que não seria mais correto tentar salvar o cientista ou o médico?

Não vamos discutir o complicador. Vamos focar apenas na questão da "maior esperança de vida" pura e simples. Nesse

caso a equipe de saúde deve observar a gravidade da moléstia, a presença de comorbidades, o comprometimento de outros órgãos e a reversibilidade do estado patológico. Ou seja, não se aplica o critério de "primeiro a chegar, primeiro a ser atendido" (*first come, first served*).

A proposta da cartilha é que não basta analisar cada caso singularmente, mas de modo coletivo, prevendo não só os que possuem maior chance de vida, mas um contexto de novos casos em que os recursos serão necessários.

Sugere-se o estabelecimento de balizas, como um limite de idade para ter acesso à UTI e a priorização de pacientes menos frágeis e sem comorbidades prévias e que, portanto, possuem melhor chance de recuperação mais rápida, consumindo menos recursos.

Há sugestão para que, quanto aos pacientes que não respondam adequadamente ao tratamento, ocorra uma desistência terapêutica e sejam reencaminhados da cura intensiva para a paliativa.

O cenário previsto é tão estressante que se orienta aos profissionais de saúde envolvidos um constante monitoramento quanto a eventual síndrome de *burnout* e *stress* moral, considerando o excesso de atividades e o peso das decisões tomadas. Basicamente esses profissionais decidem quem terá chance de viver e quem não, e isso arruína qualquer ser humano, salvo psicopatas e sádicos, que não é o caso de quem decide trabalhar em saúde.

Essas orientações italianas foram estudadas também em um artigo de Yascha Mounk, no *The Atlantic* (MOUNK, 2020). O texto realça que, há duas semanas, a Itália tinha 322 casos confirmados da doença; há uma semana, 2.502, e na data em que o artigo foi escrito, 10.149, logo, mais pacientes do que o sistema de saúde poderia tratar.

O alerta ao final é claro: as autoridades políticas precisam tomar medidas preventivas para que não se chegue ao caso italiano, seja expandindo a capacidade de tratamento intensivo no país, seja engajando a população em formas extremas de distanciamento social. E termina com uma frase: “Cancele tudo. Agora”.

Enquanto este texto é escrito foi publicada uma notícia em periódico inglês informando que os critérios para acesso aos tratamentos intensivos em caso de emergência, ou seja, UTIs, devem incluir a idade inferior aos 80 anos ou a existência de comorbidades (BLASI, 2020).

Um médico disse que quem vive e quem morre “é decidido pela idade e pelas condições de saúde. É assim que é em uma guerra”.

A sugestão da cartilha italiana funda-se no critério utilitarista proposto inicialmente por Jeremy Bentham e burilado por Stuart Mill, que podemos reduzir à ideia de maximização de benefícios para o maior número de pessoas, ou seja, prioriza a quantidade de pessoas atingidas positivamente pela ação.

O que era impensável para os italianos há dois meses hoje é uma cruel realidade que se alastra pela Europa e, agora, América.

Dilemas éticos que são considerados apenas material expositivo de aula corporificam-se na realidade diária de muitos profissionais, como policiais, bombeiros, juízes e médicos, e em tempos de pandemia se concretizam de forma mais objetiva e direta quanto aos últimos.

Retomemos a hipótese dos dez leitos e dos trinta passageiros feridos. À exceção do critério utilitarista, que observará a distribuição dos recursos entre aqueles que mais necessitam e que mais possuem chances de restabelecimento, quais seriam outros possíveis critérios?

Seria correto atender primeiro os que chegaram antes? Como a igualdade funcionaria nesse caso? E a propalada dignidade humana, de matriz kantiana, como seria aplicada?

Estado de bem-estar social, políticas de fé e realidade

A Constituição Federal brasileira é nitidamente fruto de um projeto de *welfare state*, ou estado de bem-estar social, surgido no final do século XIX, que o coloca como grande provedor e promotor de políticas sociais, as quais executa regulamentando todos os aspectos da vida em sociedade.

À parte a discussão do sucesso ou insucesso da medida, a verdade é que esse estado de bem-estar social pretende assegurar ao cidadão um rol de direitos básicos, prestações positivas (direitos de segunda dimensão ou geração) como saúde e educação.

Como, contudo, tornar exequíveis propostas como transporte, saúde e educação gratuitos, moradia e outros direitos ofertados no papel pelo Estado?

Michael Oakeshott trata da questão das políticas da fé e do ceticismo (OAKESHOTT, 2018). Em grosseira síntese, até por não ser o objetivo deste artigo, diz-se política da fé, à parte qualquer critério religioso, aquela que propõe uma resposta política perfeita e unívoca, por um racionalismo dogmático, para todos os dilemas humanos. Considera que a natureza humana pode ser aperfeiçoada valendo-se da política com um projeto ideológico.

Há, portanto, uma solução única e perfeita para resolver qualquer dilema, surgindo daí propostas universalizantes e

ambíguas que nem sempre guardam relação com o mundo ou são realizáveis de fato. Oakeshott trata da ambiguidade dos textos políticos ao criticar, por exemplo, o direito à "liberdade de viver sem miséria" (OAKESHOTT, 2018, p. 83), cuja execução é claramente quimérica.

Política de fé em nada guarda relação com a ideia da religiosidade. Como explica Luiz Felipe Pondé (OAKESHOTT, 218. p. 8):

> O que pode confundir os não iniciados em Oakeshott, ou mesmo no pensamento conservador britânico, é o fato de que fé aqui nada tem a ver com fé como fenômeno religioso. Fé, aqui, é fé na racionalidade aplicada à política de modo sistemático [...].
>
> A própria ideia de ser "progressista" implica essa fé. Eis a suposta "beleza" que ela carrega em si. Ser "progressista" significa ter fé de que somos capazes de construir sociedades cada vez melhores, se usarmos nossa inteligência para construir esse mundo melhor. Como não reconhecer a vitória dessa atitude política no mundo moderno e contemporâneo? A própria ideia de avanço científico e técnico parece justificar a fé no racionalismo na política. As tentativas de redefinir tudo em matéria moral, política, psicológica, sexual, social, afetiva, com base em idéias inventadas por intelectuais e militantes, são a prova desse "sucesso" da política da fé.

São as chamadas políticas imaginativas gestadas por dirigentes que fantasiam como o mundo deve ser, ignorando, e não raro antagonizando, o fato de como o mundo efetivamente é, criando um ordenamento jurídico dissociado do real. Infelizmente, algumas decisões judiciais acabam caindo nesse engodo, disciplinando o microcosmo a partir de utopias decalcadas na

lei, mas totalmente divorciadas da realidade. A lei pode e deve tracionar a sociedade para frente, mas ela, ou os juízes, quando exageram nesse propósito terminam por se distanciar da realidade e perder credibilidade.

As políticas que partem dessa intensa crença em uma "perfeição alcançável" surgem normalmente em períodos de fartura e tranquilidade, ou pelo menos são criadas por pessoas que estejam nessa condição e que pouco ou nenhum valor dão ao fato de que o pão é ganho com o suor da sua fronte.

Em situações controladas, em ambientes climatizados e com cafezinho quente, é fácil desenvolver teorias sobre como a natureza e, em especial, os seres humanos deveriam agir. E, conquanto não se possa sancionar a chuva ou o sol, as pessoas alvo dessas políticas sofrem quando não reagem da forma esperada por suas lideranças.

Ao elaborar leis, declarações e outros textos normativos, o político não necessariamente tem compromisso com a realidade, já que o papel aceita qualquer proposição. Assim, para ilustrar o caso, declarar que toda pessoa tem direito à saúde não é a mesma coisa que dar saúde para todos. O magistrado que determina um tratamento médico inovador e altamente dispendioso pode dormir mais tranquilo com sua consciência, ou talvez seja aplaudido por muitos, mas na prática pode estar tirando gaze e esparadrapo de muitos. Isso é assunto para tirar o sono, se incluído na equação. Igualmente, não basta dizer que "se houver melhor distribuição dos recursos" tudo se resolverá. Dizer isso seria, mais uma vez, caminhar sobre utopias e deixar de resolver os problemas da realidade.

Alguns direitos possuem um custo humano e material. Adotando o viés contratualista de autores como Tomas Hobbes e John Locke de que nos unimos em grupo em busca de proteção

e apoio mútuo, é forçoso reconhecer que os deveres antecedem os direitos.

Observe-se que no estado de natureza, ou seja, em uma situação de ausência de poder centralizado estatal, cada indivíduo é tão livre quanto é forte. A medida da liberdade é a capacidade pessoal de tomar o que quer e defender o que tem. Há, assim, um constante estado de alerta e incerteza, guerra de todos contra todos.

Em um resumo grosseiro de milhares de anos de história, a sociedade surge como uma resposta para solucionar esse impasse. Reunimo-nos com a promessa, isto é, dever de respeitarmos a vida, patrimônio, dignidade, integridade e outros direitos. Parece evidente, como dito, que em uma sociedade os deveres devem anteceder aos direitos. Ou seja, estamos juntos porque existe um "pacto" comum, e dele eu me beneficio como contraprestação na medida em que cumpro a prestação de não violar o direito alheio.

Isso acontece porque os direitos não se sustentam por si sós, melhor dizendo, não param em pé sozinhos, isso sem ingressar no pantanoso debate sobre a sociedade hipertrofiada em direitos individuais e com deveres coletivamente dissolvidos na massa, resultando em ausência de responsabilidade individual e esfacelamento do tecido social.

Um exemplo bem simples para entender isso é o pacto habitual entre duas pessoas que trocam confidências: "Se você prometer não contar para ninguém, eu te digo o segredo". A obrigação de não contar antecede a prestação de ter acesso ao segredo.

O casamento pode ser visto como exemplo em uma menor escala do que a sociedade, pois nele os nubentes assumem promessas mútuas para que então sejam declarados casados.

É claro que a questão social é muito mais complexa e abrange pessoas à margem das promessas do contrato social, mas é o quanto basta para fins desta breve reflexão..

Para a manutenção dos direitos é preciso que alguém seja o seu garantidor, que alguém seja obrigado a satisfazê-los, já que o direito é, grosso modo, uma prestação.

Tome-se como exemplo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu Artigo XXV:

> **XXV.** 1 Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Trata-se de uma louvável intenção, mas quem seria o seu garantidor? O Estado? A comunidade? Como entender o conceito de “padrão de vida capaz de assegurar saúde e bem-estar”? Seria uma interpretação restrita a cada sociedade ou universal? O critério seria o mesmo no Suriname e em Mônaco? Quem ficaria responsável por manter o desempregado até que se recolocasse?

Pensamos que não devemos abrir mão da busca por uma sociedade melhor e mais justa, por leis mais protetivas e por agentes públicos (políticos, magistrados, servidores em geral) comprometidos com esse país mais humano e digno, mas não podemos ser traídos por um idealismo exagerado, ou uma fé cega em uma onipotência que não temos. De forma muito coloquial, citamos a sabedoria popular: a diferença entre o veneno e o remédio é a dose. Pensamos que o medidor é o princípio da realidade e a partir de uma visão do todo que impeça o exercício de soluções “milagrosas” para uns enquanto os demais são preteridos.

IV

O custo dos direitos, a reserva do possível e as escolhas trágicas

Somos condicionados a acreditar que a boa intenção equivale à realização, e que questionar certos dogmas das políticas imaginativas ou de fé é incidir em um tabu que conduz ao ostracismo social, no mínimo. Isso significa que ou você adere às fantasias oficiais endossadas pelo Estado (inclusive nos ambientes acadêmicos e artísticos) ou sofrerá as consequências.

Ora, o Estado é uma ficção tanto quanto qualquer pessoa jurídica. O que o forma efetivamente é um conjunto de pessoas que nele atuam e um conjunto maior, a sociedade, que o credita. Sem a crença, ou confiança, comum no Estado como forma de organização, ele cessa de existir.

Logo, não é o Estado que financia direitos, mas as pessoas que formam a sociedade de quem o Estado tira recursos que financiam esses direitos no aspecto material.

É sintomático que nessa era de hiperbolização de direitos a mesma Declaração Universal dos Direitos Humanos só se recorde que as pessoas também possuem deveres em seu penúltimo artigo, ainda assim, de modo bastante tímido e ambíguo:

> **Artigo XXIX**
>
> 1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

Considerando que alguns direitos, para serem implementados, como dito, necessitam de suporte material, façamos, então, outro exercício sobre a limitação de recursos. Vamos imaginar que seja sancionada uma lei dizendo que todo ser humano tenha direito a um quadro de Leonardo da Vinci. Ora, há mais humanos do que quadros do famoso italiano. Como seria possível solucionar isso? Não seria, claro.

Se o exemplo soa absurdo, ainda o é menos do que a ideia de que todo ser humano tem direito a um leito de UTI preparado para si, ou que o Poder Público é capaz de suprir as necessidades de saúde de todos, o que é uma crença perigosíssima especialmente naqueles que titularizam posições de poder.

Observe-se que um leito de UTI possui custo de manutenção, mesmo quando vazio. Quando ocupado, esse custo aumenta. Não só custo material, mas humano, e por isso são feitos cálculos e previsões para um número tido por suficiente. A Organização Mundial de Saúde (OMS) fixa o mínimo de 1 leito de UTI para cada 10 mil pessoas, e, embora a média brasileira geral seja de 2,3, a distribuição é bastante desigual e há regiões sem nenhum leito (ANJOS, 2020).

Para se ter uma ideia, o custo de locação de até dois mil leitos pelo Ministério da Saúde, por seis meses, seria de até R$ 660 milhões, e não são poucas as críticas quanto à necessidade de investimentos na rede de UTI, e esse é um tema que exige um debate amplo que foge a este texto (GOLDWASSER, 2016).

Pretender um leito para cada pessoa é um sonho desejável, mas não real. Muito mais longe de se concretizar do que a distribuição de originais de Da Vinci.

Em razão dessa limitação elaborou-se a chamada “teoria da reserva do possível”, do Direito alemão, assim como a “teoria das escolhas trágicas”.

Prestações positivas estatais são infinitas, porque no plano das ideias. Pode-se escrever laudas e laudas sobre como o mundo deveria ser; a concretização desses direitos (qualquer que seja sua geração, contudo, demanda recursos).

Políticas públicas como são a saúde, a educação e a previdência devem ser concretizadas pelo Executivo, e quando isso não ocorre, ou pelo menos não do jeito que a pessoa gostaria, o Judiciário é acionado.

Essa concretização dependerá sempre de amparo financeiro subordinado à capacidade orçamentária do Estado. Dessa forma, somente a recusa arbitrária estatal justificaria a intervenção judicial, ou seja, somente quando o Estado, tendo condições de implementar esse direito, se recusar a fazê-lo sem motivo justo (MEIRELLES, 2015, p. 436/437).

Esse dilema entre recursos finitos e necessidades infinitas é o que caracteriza as escolhas trágicas e já foi examinado pelo Supremo Tribunal Federal, à oportunidade tendo mencionado o Ministro Celso de Melo que "essa relação dilemática (...) conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas 'escolhas trágicas' (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, *Tragic Choices*, 1978, W. W. Norton & Company), que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro" (voto – SL 47-AgR/PE, j. 17.03.2010)" (LENZA, 2018, p. 1.249/1.250).

A solução que tem sido dada pelo Judiciário para esses dilemas, contudo, ainda insiste no que alguns chamam de "proibição reacionária" e a garantia de um "mínimo existencial" ao indivíduo (LENZA, 2018, p. 1.250), posicionamento típico de

Estados de bem-estar social para os quais toda pessoa possui direito a prestações positivas mínimas estatais e todo entendimento que busque conciliar as necessidades com o real é tido por reacionário.

Assim, decisões judiciais acabam por fixar políticas públicas, favorecendo o que vê e prejudicando aquilo que não vê, por desconhecimento do quadro geral. Ao Judiciário é certo que cabe garantir direitos, mas não substituir-se ao administrador sem que o faça de forma razoável e consistente com as demais prestações não judicializadas, até para não ser agente de desigualdade.

A título de exemplo, seria como se em meio a uma neurocirurgia de doze horas um engenheiro substituísse o cirurgião por cinco minutos.

Ora, para mudar a realidade é preciso mais do que boa vontade, é preciso conhecê-la e ter ciência daquilo que é feito. A pessoa com maior boa vontade do mundo não teria condições de pilotar um submarino se a ela não fosse ensinado como fazer, e ainda insistimos em ignorar a ciência em matéria de saúde.

Limitação de recursos, critérios médicos e saúde baseada em evidência

À parte a questão judicial por ora, consideremos a equipe de saúde que está na ponta operacional do manejo dessa pandemia, embora o normal aqui no Brasil já seja que haja mais necessidade de leitos do que leitos disponíveis.

Essa equipe precisará adotar critérios. O sugerido pela cartilha italiana, e que acaba sendo considerado como mais racional, é o do utilitarismo: utilizar o recurso para atingir o maior número de pessoas e salvar o maior número de vidas.

A partir dessa orientação aplicam-se os critérios médicos, ou seja, somente alguém com conhecimento da área saberá avaliar quem tem maiores chances de sobrevivência.

É uma certeza? Não. Os profissionais de saúde lidam com probabilidades. Certamente poderá se objetar que, entre dois casos, somente se pode descartar um se houver certeza de que virá a óbito, mas esse raciocínio é equivocado. Os juízes passam pelo mesmo problema, vamos registrar. Em situação análoga, espera-se que os magistrados saibam, melhor que a mídia ou terceiros alheios ao feito, escolher a parte a quem socorre o melhor direito. Tanto os profissionais da saúde quanto os magistrados, contudo, vez ou outra se equivocam. Isso não retira deles o básico: apesar de eventuais erros, continuam a ser os melhores

agentes para analisar os novos casos. O bom senso mostra que o número de erros seria maior se as decisões médicas e judiciais não fossem atribuídas, respectivamente, a médicos e a juízes profissionais.

A situação a ser enfrentada na distribuição dos recursos de saúde é que, primeiro, uma escolha necessariamente deverá ser feita, pois os recursos são limitados. Será preciso aplicar algum critério. Se não for o de maior probabilidade de vida, qual será? Quem chegou primeiro? Quem é mais alto? Quem tem filhos? Quem é mais novo e ainda viveu pouco? O homem? A mulher? Há situações onde essas escolhas são tradicionais, ou alguém desconhece que em naufrágios e catástrofes salvamos primeiro as “mulheres e crianças”? E que em uma guerra os militares privilegiam a proteção dos civis? Vale lembrar que nos concursos é comum, como último recurso de desempate, privilegiar o mais idoso.

Voltando à questão dos recursos de saúde, a escolha dos critérios deve obedecer tanto quanto possível um parâmetro de igualdade que não exclua *a priori* nenhum paciente. A ideia de salvar aquele que tem maior probabilidade de sobreviver, portanto, é mais igualitário e abrangente do que uma seleção envolvendo, por exemplo, credo, raça ou gênero.

Entendemos que em situações de catástrofe como a que vivemos diante do coronavirus, eventual preferência para profissionais de saúde é razoável por serem aqueles que mais podem contribuir para atender a população e por os mesmos estarem comum (e heroicamente) mais suscetíveis à contaminação justamente por estarem atuando na linha de frente. Nesse passo, registramos singela, mas necessária, homenagem a tais profissionais, em especial, e aos servidores públicos em geral, por estarem cumprindo seu dever, com grande risco pessoal. Impacta-nos ver a quantidade de profissionais infectados, além de todos

os que estão extenuados em turnos contínuos, e quase todos sem ver a própria família para evitar transmitir o vírus que talvez já tenham em si.

Outra categoria que, na Itália, tem tido maior número de mortos é a de padres. Com o mesmo espírito de serviço, desprendimento e heroísmo, estes homens têm mantido apoio espiritual às vítimas, e alguns pagando com a vida. Isso mantém, anotamos, tradição cristã observada desde os primeiros séculos, até por imperadores romanos.

O segundo ponto a observar aqui é que a possibilidade de vida não é probabilidade de vida. Existem casos de pessoas que sobrevivem caindo de um avião, mas a regra é que quem cai de um avião em pleno voo irá morrer. É por essa razão que situações assim são tidas como milagres: são exceções estatísticas.

Portanto, o fato de que entre dois pacientes exista um mais grave, mas viável, não exclui o critério de maior probabilidade de vida.

O profissional de saúde trabalhará com as melhores evidências e técnicas a que teve acesso, além de sua experiência. É esse conhecimento acumulado que diz a ele que quem cai de um avião a 30 mil pés ou leva um tiro na cabeça tende a morrer, e é trabalhando com essas probabilidades que escolherá o paciente mais viável.

Note-se que não se trata de um exercício matemático ou um jogo de tabuleiro. O médico decide com base nas informações que tem, nos poucos momentos que lhe são dados, tentando salvar o máximo de vidas.

É leviano acreditar que o ser humano colocado nesse papel não sofra um horrível desgaste, tanto que a orientação é que os profissionais olhem sempre uns pelos outros por indícios de fadiga mental que pode levar a severos danos psicológicos.

Para padronizar na medida do possível os balizadores de escolha é que existem alguns consensos entre a classe que são sempre revisados conforme o conhecimento avança.

No Brasil, temos o Conselho Federal de Medicina, que editou a Resolução CFM nº 2.156/2016, estabelecendo critérios de admissão e alta em unidade de terapia intensiva, sempre com amparo na ciência médica, como deixa claro seu art. 6º.

É importante realçar que essas balizas são fundadas em saúde baseada em evidência, que:

> Consiste numa técnica espec*ífica para atestar com o maior grau de certeza a eficiência, efetividade e segurança de produtos, tratamentos, medicamentos e exames que foram objeto de diversos estudos científicos, de modo que os verdadeiros progressos das pesquisas médicas sejam transpostos para a prá*tica (NETO, 2015).

A medicina não é uma conta de somar, e os métodos evoluem de acordo com o conhecimento obtido.

O que temos hoje de consenso é o que existe de mais seguro para quem tem uma oportunidade de tratamento e não está desenganado. A alternativa é o charlatanismo que leva não só o dinheiro como a vida dos pacientes, prometendo curas mirabolantes e substâncias mágicas que valem menos do que um copo de água com açúcar.

Como foi reiterado até aqui, até mesmo em situações de normalidade o acesso a recursos médicos pode ser limitado. No caso da UTI, por exemplo, em razão da constante demanda existe uma lista regulatória na qual os pacientes são inseridos conforme indicação de seu médico e direcionados em tempo real, atendendo à especificidade, aos critérios de saúde e vagas disponíveis.

Nessa equação que envolve maior demanda que oferta, somada à política imaginativa de que é não só possível como obrigatório fornecer saúde gratuitamente a todos é que entra o Judiciário.

Diariamente aportam no Poder Judiciário Estadual e Federal inúmeras demandas de saúde, sendo uma delas a de leito de UTI para pacientes que ainda não foram encaminhados, alguns sequer regulados, ou seja, não figuram na lista.

Para quem é adepto da legislação fundada nas políticas imaginativas, de uma única resposta clara para os dilemas e do Estado como garante universal, a resposta é fácil: basta deferir e mandar fornecer o leito, sob pena de multa e/ou prisão.

Mas e quando a política de fé ou imaginativa se depara com a crueza da realidade?

Caso existam 10 leitos de UTI e 11 pacientes indicados, qual critério deve prevalecer: o médico ou o jurídico?

Tentando não sermos excessivamente técnicos, a Constituição Federal garante a saúde como direito de todos (art. 196) e assegura também que todos são iguais perante a lei (art. 5º).

Como conciliar a ausência de recursos com esses comandos de que todos (i) devem ser atendidos e (ii) devem ser tratados igualmente?

Ora, se tenho dez macas e dez pessoas, divido-as igualmente entre todos. Fácil. Mas e se a lei criar critérios que diferenciam as pessoas? A lei pode dizer, por exemplo, que pessoas com baixo índice glicêmico fazem jus a uma maca e meia e que pessoas de baixa renda fazem jus a duas.

Supondo que nesse grupo de dez pessoas existam duas com baixo índice glicêmico e três de baixa renda, das dez macas, oito seriam divididas entre cinco pessoas. As demais cinco dividiriam entre si as duas macas restantes.

E isso é uma situação simples. Conforme as variáveis vão aumentando, por óbvio a complexidade também é ampliada.

Agora troque as maçãs por leitos de UTI e as pessoas por doentes com risco de morte. Cabe a você decidir quem terá acesso e quem ficará fora.

A equipe de saúde deve tomar essa decisão com base no conhecimento acumulado, o que sabe de concreto de cada paciente, e em instantes, sob pena de agravar a situação e tornar inútil a prestação para qualquer um deles.

Nessa situação, o critério utilitarista é também um critério de igualdade, porque não importa quem você seja, será priorizado o tratamento daquele que tiver melhores chances de vida cotejando o número de pacientes com a limitação material e humana de atendimento.

Os interesses de todos serão sopesados igualmente, e priorizado o critério de maximização de bem-estar para o maior número de pessoas, ou seja, o máximo de vidas que se puder salvar, mesmo que não seja possível salvar todas.

Não há como compatibilizar o texto legal na mesma equação lógica de que “todos têm direito a saúde” e “todos devem ser tratados igualmente” quando se considera que “há um número de leitos menor que o de pacientes”.

A alternativa para a solução do dilema é a aplicação de algum critério de justiça, sendo o utilitarista aquele capaz de salvar mais vidas quantitativamente, e também o mais igualitário, porque não separa por aleatoriedades, como gênero, nacionalidade, idade ou condição social.

Foi levando em consideração tais limitações que a mencionada Resolução CFM n. 2.156/2016 previu:

> **Art. 6º** A priorização de admissão na unidade de tratamento intensivo (UTI) deve respeitar os seguintes critérios:

§ 1° – Prioridade 1: Pacientes que necessitam de intervenções de suporte à vida, com alta probabilidade de recuperação e sem nenhuma limitação de suporte terapêutico.

§ 2º – Prioridade 2: Pacientes que necessitam de monitorização intensiva, pelo alto risco de precisarem de intervenção imediata, e sem nenhuma limitação de suporte terapêutico.

§ 3º – Prioridade 3: Pacientes que necessitam de intervenções de suporte à vida, com baixa probabilidade de recuperação ou com limitação de intervenção terapêutica.

§ 4º – Prioridade 4: Pacientes que necessitam de monitorização intensiva, pelo alto risco de precisarem de intervenção imediata, mas com limitação de intervenção terapêutica.

§ 5º – Prioridade 5: Pacientes com doença em fase de terminalidade, ou moribundos, sem possibilidade de recuperação. Em geral, esses pacientes não são apropriados para admissão na UTI (exceto se forem potenciais doadores de órgãos). No entanto, seu ingresso pode ser justificado em caráter excepcional, considerando as peculiaridades do caso e condicionado ao critério do médico intensivista.

Por essa norma, pacientes terminais, moribundos ou sem possibilidade de recuperação devem ser encaminhados, via de regra, para tratamento paliativo.

Claro que para a família o ente querido sempre tem possibilidade de cura, e ao médico cabe a dolorosa missão de escolher.

Mais grave é quando não se está diante de um caso de paciente com chance de recuperação e outro moribundo, mas

ambos com possibilidade de recuperação. Competirá também ao médico selecionar qual deles terá acesso ao tratamento, diminuindo ou até suprimindo totalmente a chance do outro.

De toda forma, por mais difícil que seja a posição do médico e por mais que se sofra acerca da possível injustiça do mundo, podemos acreditar que houve ali um julgamento imparcial sobre os pacientes, valendo-se de critérios igualitários de acesso aos recursos, previamente estipulados e com forte amparo na realidade conhecida. Em outras palavras, a escolha é feita com base em conhecimento médico e do caso concreto.

Cremos que é preciso presumir a boa-fé. Se algum desvio for descoberto, deverá ser objeto de apuração pelas vias próprias, obviamente. Até prova em contrário, porém, há que se acreditar na seriedade e boa-fé dos profissionais. Obviamente, entendemos que diante de critérios objetivos e de prova que eles não estão sendo seguidos, há a possibilidade de controle. O que queremos frisar é que precisamos acreditar mais nos profissionais e na boa-fé e bom critério deles, assim como não desprezar a compreensão de que em “tempos de guerra“ as escolhas são mais difíceis e não é razoável querer substituir a decisão médica pela judicial de forma simplista. Alguns dizem que “quem sabe a temperatura da panela é a colher que a mexe”

VI

Critérios médicos x judicialização, desigualdade e sistema regulatório

Consideremos a mesma situação de dez leitos e onze pacientes. Imaginemos agora que o décimo primeiro paciente, que ficou de fora pela exiguidade de leitos e por não se encaixar nos critérios médicos, procure o Judiciário e obtenha uma ordem de internação sob pena de prisão.

Qual baliza o médico deverá seguir: o científico, baseado em evidências de saúde, ou a ordem judicial, amparada na lei? Se não obedecer a ordem judicial, que se funda no sistema legal, o médico poderá ser preso por desobediência e até processado criminalmente em caso de morte do paciente não atendido, sem contar possíveis ações indenizatórias, administrativas e até perda do registro. Como já falamos acima, imagine agora duas ordens judiciais, uma da 1ª Vara e outra da 2ª Vara, para que a única vaga de UTI, onde está Caio, seja dada para, segundo a 1ª Vara, Tício, e segundo a 2ª Vara, Mévio.

Não resta dúvida que, entre o profissional humano isolado e a máquina estatal, vence a última, como bem já havia alertado Kafka. Assim, a equipe de saúde terá que escolher um paciente que tinha preferência médica para deixar o leito e colocar outra pessoa lá pelo critério judicial. Isso se não ocorrer a improvável, mas não impossível, duplicidade de decisões judiciais.

Pensemos agora que, em vez de onze pessoas para dez leitos, fossem quinze, e a décima quinta, classificada segundo critérios de saúde, obtivesse uma ordem para internação: sairia de décimo quinto lugar para décimo e o décimo teria que ser retirado da UTI.

Faz sentido? Tudo depende do paradigma. Tomando como parâmetro a realidade, considerando o mundo, a biologia e outros elementos concretos, evidentemente não faz nenhum sentido substituir um critério científico por um critério legal/judicial.

Mas se o paradigma for a lei, então... é isso aí. O critério válido será o da ordem judicial. Se os dez leitos tiverem que ser ocupados por ordem judicial, serão.

O que é preciso ter em mente é que os juízes trabalham com as leis postas. O fundamento da existência do cargo de juiz é o próprio ordenamento jurídico, de forma que contrariá-lo significa negar-se.

Se as leis são criadas por representantes eleitos do povo, seguindo uma política imaginativa e na expectativa de gerar um estado de bem-estar social, ainda que contrárias à realidade, uma decisão que simplesmente a execute não é um absurdo dentro da própria lógica jurídica, e, realçamos, apenas dentro da própria lógica jurídica, e não da lógica *lato sensu*.

Contudo, em que pesem os sonhos totalitários de quem pretende que o magistrado seja apenas “a boca da lei”, a ele cabe ser o intérprete da norma, havendo previsão expressa na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro de que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (art. 4o) e que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (art. 5o).

Dessa forma, o mantra positivista de que o juiz é mero repetidor da lei perde força diante da margem hermenêutica

conferida pela própria legislação ao magistrado. A cautela que o juiz irá precisar é não tomar decisões de uma perspectiva isolada, vendo apenas o caso concreto, mas levando em conta o quadro maior. O juiz não pode se tornar autoritário ou, mesmo com boa-fé, crédulo na sua própria (e inexistente) divindade. A ideia de *Fiat Justitia, Pereat Mundus* não deve se transformar em desprezo às consequências da decisão judicial sobre as outras pessoas "do mundo", vez que são cidadãos igualmente titulares de direitos a serem preservados.

Assim, a judicialização da saúde, especialmente nesses tempos de pandemia e caos, pode admitir algumas medidas a serem tomadas desde já pelos profissionais do Direito.

A primeira delas é que magistrados, promotores, procuradores, advogados e defensores passem a acreditar na ciência médica mais do que nas propostas imaginativas do Direito de que é possível dar tudo a todos e que tudo tem uma solução universal.

Sabemos que é duro dizer, mas pensamos que pessoas adultas já podem ouvir que nem tudo tem solução. A tragédia nos ensina que existem situações insolúveis ou pelo menos das quais não podemos sair ilesos, e admitir isso é maturidade. Acreditar na promessa iluminista de que a razão dogmática, e não apenas a razão, e seus frutos, como é o caso da lei, sejam suficientes para resolver todos os problemas do mundo só leva a mais graves problemas.

Em momento algum estamos dizendo que os profissionais do Direito devem ter a postura de Pilatos, de "lavar as mãos" diante da decisão. Aliás, o termo "lavar as mãos" adquiriu nova relevância justamente em tempos de coronavirus, mas que o leitor entenda bem o uso que demos. Não podem os profissionais do Direito simplesmente deixar as questões ao relento. A proposta é analisá-las com uma perspectiva maior e levando em conta a situação de catástrofe.

Portanto, e nesse caso já fazendo uma projeção para esse tempo de crise considerando que deve ser um serviço altamente demandado, quando houver pedido de vaga em UTI, salvo existência de prova em contrário de fraude no serviço público e tendo em vista que a boa-fé se presume, a princípio é preciso que aqueles profissionais do direito verifiquem antes de entrar com a ação se o paciente está regulado adequadamente na fila.

Se estiver, deve considerar uma questão de justiça: Meu cliente tem preferência apenas por seu meu cliente, porque me compadeço da situação dele e não me importo com a dos outros, ou devo confiar nos critérios médicos que regulam a fila de acordo com a gravidade?

O advogado, o promotor de justiça ou o defensor público são procurados para ingressar com ação, e já dizia o sábio Rui Barbosa que o advogado é o primeiro juiz da causa. Nesse momento compete analisar se é caso efetivamente de entrar com a ação, não observando o caso concreto exclusivamente, mas todo o contexto social e do sistema de saúde.

"Mas existe uma indicação médica para internação do meu cliente." É verdade. Significa que o seu cliente precisa de UTI, assim como todos os outros que estão na fila de regulação, *a priori*. Para isso existem os critérios de saúde, como a resolução do CFM e aqueles validados pela medicina baseada em evidência. Caberá a quem regula essa lista analisar todas as indicações, e não apenas a do seu cliente como fará o juiz, e quais efetivamente necessitam daquele recurso escasso em cada instante.

Então, confiar no sistema de regulação é um ponto importante.

Supondo que a ação já exista, cabe ao magistrado averiguar se também deve confiar nos critérios médicos do sistema de regulação ou se entende que o comando legal de que saúde é um direito de todos deve ser aplicado naquele processo ex-

clusivamente para aquela pessoa (ou, se não exclusiva, ao menos preferencialmente). Retornamos ao ponto: se “ingressar na Justiça” se transformar em critério “médico” ou chancelador de “preferência”, estaremos incentivando as pessoas ao ajuizamento. Nesse caso, não estaremos diante de acesso à Justiça, mas talvez, em alguns casos, de acesso ao “direito” de “furar a fila”. Não creio que seja isso que queremos para nosso país e muito menos para nosso Poder Judiciário.

Porém, será preciso ignorar algumas coisas.

O primeiro autor desse estudo costuma dizer que “toda demanda envolvendo saúde é uma demanda coletiva, ainda que individual, porque impacta toda a coletividade”. Veja, quando alguém consegue judicialmente o direito de receber um caro medicamento fora do Sistema Único de Saúde (SUS), esse dinheiro virá da própria saúde pública, que será impactada em outros serviços porque os recursos são limitados. Explicando, o dinheiro que seria gasto para atender uma ou mais demandas da população será gasto exclusivamente para cumprir a ordem judicial.

Isso se torna mais nítido quando se analisa uma fila de regulação em que há interesse de diversas pessoas que nela estão de terem acesso ao material escasso disponibilizado.

VII

Saúde como direito de todos, controle judicial da regulação de UTI e a *hybris*

Quando se diz que a saúde é direito de todos, não é só de quem está pedindo judicialmente. É também de quem está nessa fila de regulação e não figura no processo, logo, não pode deduzir seus interesses, e de quem pode vir a entrar e ter um critério médico mais indicado que o autor da ação que obteve o leito por ordem judicial e de lá só sairá por alta, morte ou revogação da decisão.

É certo que existe um brocardo latino que diz *dormientibus non succurrit jus*, cuja tradução popularizada seria de que "o direito não socorre aos que dormem". Essa expressão é muito usada para explicar que a lei é do conhecimento de todos, e aqueles que dela não se valem a tempo, aqueles que "dormem no ponto", não podem alegar isso a seu favor.

Consideremos novamente o caso dos dez leitos e quinze pacientes, com o décimo quinto ingressando judicialmente. Nessa situação poderia talvez ser dito que aqueles que estão do décimo primeiro ao décimo quarto lugar "dormiram", pois não teriam ajuizado a ação.

Mas o mesmo poderia ser dito daquele que está em décimo lugar segundo critérios médicos e perderá seu leito por ordem judicial? Certamente que não.

Também é difícil sustentar a tese do *dormientibus non succurrit jus* quanto àqueles que estavam regulados na frente do que judicializou o acesso. Pensar dessa forma é transferir ao Judiciário o poder de aplicar critérios de regular a fila.

Observe-se que sustentar que o direito não irá socorrer aos que “dormiram”e não judicializaram o acesso ao leito de UTI é o mesmo que sustentar que não só aqueles que estão aguardando na fila, mas também os que já estão no leito, tenham que ingressar judicialmente.

A expressão latina é correta para alguns casos, não para outros. Se, por exemplo, um concurso público cria distinção indevida entre pessoas, está havendo uma lesão que alguns aceitarão e outros não. Os que não aceitarem ingressarão em juízo e, obtendo uma liminar, prosseguirão no certame. Quem não entrou, aceitou, “dormiu”, não se importou o suficiente com a lesão para fins de ajuizamento. Contudo, quando alguém já está na UTI, não tem motivo algum (nem deverá ter, segundo o que sustentamos aqui) para ajuizar uma ação. Não há uma lesão a direito a ser objeto de providência. Imagine essa pessoa ingressando com ação judicial para assegurar a vaga que... já possui? Algum juiz poderá dizer que é carente de interesse, mas e se outra pessoa ingressa com ação e isso resulta na perda da vaga já ocupada?

Se existem dez leitos e cinco pacientes em espera, e esses cinco ingressarem com ação com êxito, cinco dos pacientes regulados segundo critérios médicos perderão suas vagas por ordem judicial.

Esse tipo de decisão geraria, como de fato gera, uma insegurança titânica. Desse modo, seria necessário que todos os pacientes, internados e não internados, ingressassem com ações judiciais para ou obter a vaga ou para mantê-la. Ou, então, imagine-se o transtorno lógico e prático de todos os pacientes já em UTI serem chamados como parte interessada? É a conclusão inevitável desse raciocínio.

Assim, competirá ao Judiciário regular toda a fila da UTI, decidindo quem permanece e quem sai, inclusive selecionando os critérios a serem adotados. E quais critérios seriam? Os do Ministério da Saúde ou outros mais, ao alvedrio do magistrado?? Quem será escolhido ? Quem primeiro entrou com a ação? O mais grave, a depender de confirmação, mesmo que a perícia demore alguns meses e o objeto venha a perecer? A perícia será apenas no autor ou também serão periciados os demais pacientes tanto da UTI quanto da fila? Ainda assim será preciso decidir os pedidos de tutela de urgência e selecionar, a final, quem dos quinze ocupará os leitos.

Não pode o juiz criar uma paralisia por análise e manter os leitos vagos porque é incapaz de selecionar os critérios. Pior ainda, como dissemos, se forem diversos juízes debatendo entre si a prevalência de suas decisões, competindo à equipe médica da ponta providenciar um tradutor automático para essa Babel, sob pena de pagar a conta.

Portanto, levar em consideração que a saúde é direito de todos para conceder uma quebra no critério médico é tratar pessoas iguais com desigualdade imotivadamente. É preciso ignorar o interesse de todos os afetados pela decisão judicial para alegar que aquele que pede tem mais direito do que aquele que está na fila com mais indicativos de saúde baseada em evidência para a vaga.

Em vez de salvar mais vidas, poderá a decisão judicial fazer justamente o contrário, já que não se baseia no mundo, mas na lei, que ao fim e ao cabo é uma mera ficção e mesmo quando bem feita se limita a uma emulação do real.

A parte difícil de quem lida com políticas imaginativas ou de fé e se funda firmemente na “realidade” de suas proposições universalizantes e autossuficientes é, como dissemos, entender que nem tudo tem solução.

A *hybris*, isto é, o orgulho de se considerar capaz de solucionar os problemas pela mera aplicação da tinta sobre o papel encontra sua queda no cotejo com o mundo sensível, ou seja, a realidade.

Em outras palavras, a caneta não cria leito de UTI, não gera médico e enfermeiro, nem respirador, nem nada. O que o Direito faz é regular a vida em sociedade a partir do que existe, isto é, regula a relação dos homens entre si e dos homens com o mundo, mas não cria nada de concreto no plano material por si sem a intervenção humana. Até o prestidigitador mais hábil sabe que para tirar a moeda de trás da orelha da criança é preciso ter uma moeda entre os dedos, ela não surge do ar.

O primeiro e mais importante passo para lidar com essas demandas é reconhecer o mundo como ele é, para só então tentar mudá-lo em busca de melhor estruturação de serviços e rede de atendimento.

O segundo é admitir que a boa-fé se presume, e esse é um princípio jurídico. A presunção é que quem faz algo, faz sempre de boa intenção. Se não há leitos de UTI nem mesmo para alugar, não há leitos de UTI. Não conhecemos um profissional da saúde ou gestor que se delicie com a ideia de ter mais demanda de doentes graves do que oferta de leitos. Ao contrário, o que em geral encontramos são profissionais comprometidos e interessados, comumente em algum ou até grande sofrimento psíquico diante da escassez de recursos.

Além disso, urge confiar que a ciência médica, fundada em saúde baseada em evidência, tem maior efetividade do que os desejos declinados em declarações ou textos normativos imaginativos que dizem respeito mais a como os seus autores gostariam que o mundo fosse do que como ele efetivamente é.

Assim, privilegiar os critérios médicos para a seleção de doentes não só é um respeito aos fatos, como vai salvar vidas de

verdade, muito mais do que a crença de que deferindo pedidos de toda sorte o fará.

Diminuir a *hybris*, muito comum em quem trabalha com o Direito pela dissociação entre o desejo e o real, é urgente. É preciso despir a capa, ou seja, abdicar do traje de herói e do papel paternalista de protetor dos doentes e oprimidos e assumir a figura de um profissional que aplica a lei com base em fatos e no interesse de todos, e não em projeções, ideologias ou na imaginação.

E nesse ponto é prudente ressaltar que a jurisprudência brasileira, isso é, o entendimento dos tribunais tem mudado bastante.

VIII

Imparcialidade, ciência e mudança de entendimento jurisprudencial

Apenas a título ilustrativo sobre a importância dos fatos no debate judicial da saúde, cita-se estudo feito pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER) denominado *Judicialização da saúde* no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução (INSPER).

Foram analisados 498.715 processos em 17 Tribunais estaduais em primeiro grau e 277.411 processos em 15 tribunais em segundo grau, verificando-se que, entre 2008 e 2017, houve um aumento de 130% no número de processos em primeiro grau.

Analisando o estudo, vê-se que na primeira instância do Tribunal de Justiça de São Paulo, das ações de saúde examinadas 4,48% foram improcedentes, 10,39% parcialmente procedentes e 74,68% foram totalmente procedentes.

Segundo os pesquisadores, os critérios que mais levam ao sucesso da demanda é ser a parte representada pela Defensoria Pública, ser hipossuficiente financeira, o processo ser contra a saúde pública e haver menor citação de órgãos técnicos. Ou seja, diferentemente do apregoado midiaticamente que o Judiciário “é coisa de rico”, a pesquisa indica que a condição financeira hipossuficiente de quem pede é determinante para a concessão do pedido.

O que se extrai disso é que há um caráter assistencialista nessas demandas, e a prática de entender que a saúde pública é um poço sem fundo de recursos, quando na verdade é mantida pelo trabalho ativo dos contribuintes e possui um limite.

Também é curioso observar que a menor aproximação da técnica garante um melhor resultado para quem pede. Ou seja, critérios de saúde baseados em evidência passam a exigir de quem pede uma comprovação científica, e não só retórica ou emocional, da eficácia do medicamento, o que acaba em muitos casos resultando em improcedência por ausência de demonstração concreta de qualidade terapêutica.

Sobre esse critério assistencialista e o distanciamento da técnica é oportuno mencionar que muitas demandas em saúde apelam mais para o emocional e a empatia do que para os critérios médicos e científicos.

Realça-se a condição indigna do doente, as agruras pelas quais ele e seus entes queridos passam e como o Estado age desprovido de coração ao negar-lhe o que pretende.

Essa argumentação é de resultado, porque apela diretamente ao emocional do profissional do Direito e do magistrado, que não raro possui família. Os envolvidos, seja aquele que peticiona (advogado, promotor ou defensor), seja aquele que julga, sentem-se heroicos e compassivos, uns ao pedir, outros ao deferir a pretensão do doente.

Não se trata de uma crítica pessoal a ninguém, mas de uma observação natural da humanidade, já que a empatia nos possibilitou a vida cooperativa em sociedade. Mescla-se aí tanto a compaixão quanto a *hybris*, o orgulho, a crença firme de que se é capaz de alterar concretamente a realidade por intermédio da mera aposição da caneta sobre a folha de papel.

A aproximação da técnica torna a pretensão mais difícil porque sai da esfera do emocional e ingressa no debate científico

para saber se, conforme as melhores evidências, o paciente tem direito àquilo que pede.

À parte a responsabilidade dos profissionais que peticionam e que também deveria ser observada por um critério moral, aquele que julga deve fazê-lo de forma imparcial, ou seja, não pode "torcer" a favor ou contra qualquer das partes, nem ser movido por um sentimento qualquer que não seja o de aplicar a lei em consonância com os fatos.

A concessão de um pedido judicial por pena já macula a imparcialidade do juiz, que se contamina ao pender para o interesse de uma das partes. O juiz precisa ser sensível, mas não pode ser sentimentalista. Admitir as limitações pessoais e do sistema, por mais doloroso que seja, impede que a decisão judicial tenha efeito nocivo sobre pessoas não participantes do processo.

Não é raro quando os que pedem viram para o magistrado e, na tentativa de comovê-lo, dizem: "E se o doente fosse seu filho/mãe/marido?" Esse argumento é puramente retórico, pois se fosse, a legislação já previu que o magistrado estaria impedido de atuar no processo pois se presumiria parcial. Um juiz parcial não aplica a lei como deve ser aplicada, mas como seus sentimentos, a favor ou contra qualquer das partes, pedem que o faça.

Por sinal, esse mesmo argumento vale no outro sentido: E se fosse o filho/mãe/marido do julgador que estivesse esperando a vaga e visse o autor da ação passar na sua frente sem critérios médicos? Ou pior, e se estivesse ocupando o leito e fosse "despejado" em virtude de uma decisão judicial?

O julgador imparcial é uma garantia da sociedade. Aquele que se sente tocado pelo processo a ponto de decidir em virtude disso deve, por óbvio, declinar o feito para que seja julgado por outro juiz.

Decidir por sentimentalismo com base naquilo que se vê parece bondade, mas não é. Assim procedendo o juiz fará "caridade" com o que não é seu. A justiça, e aqui é um grosseiro resumo aristotélico, é também mérito, pois dá a cada um o que é seu. Quando a justiça dá a alguém aquilo que não lhe cabe, que não é direito seu, que não é "mérito", não é justiça, mas sim caridade – a ideia é adversativa.

Também quem assim age ignora o prejuízo que causa a um coletivo indeterminado fundando-se apenas em um sentimento de compaixão e paternalismo.

Juízes são humanos, e é bastante comum que a pessoa dentro da toga sofra ao decidir contrariamente aos seus sentimentos, porque o cargo exige que o faça de forma imparcial por ser esta uma garantia de todo cidadão, a de que o magistrado não será tendente a qualquer parte.

Como dito, caridade e justiça são distintas, e é preciso que o magistrado se atente a isso nas demandas de saúde, porque os médicos também o fazem em seu exercício de optar por quem terá acesso a qual recurso.

Até por isso a aproximação da técnica e do conhecimento médico facilita ao juiz que tome a decisão embasada nos fatos, não nos sentimentos ou desejos.

A ilustrar essa importância veja-se que a curva de mudança de entendimento dos tribunais tem um pico acentuado com o caso da fosfoetanolamina, substância que se dizia ser capaz de curar todo tipo de câncer. Embora sem nenhuma prova científica de eficácia, a comoção popular foi tamanha que foi editada a Lei n. 13.269/2016, não só autorizando o uso da substância como o definindo como de relevância pública.

Trata-se de um excelente exemplo de legislação imaginativa, amparada unicamente na opinião e nas boas intenções, sem qualquer fundamento científico, e colocando em risco real os doentes.

Em virtude disso, a Associação Médica Brasileira (AMB) ajuizou no Supremo Tribunal Federal a ação direta de inconstitucionalidade ADI nº 5.501/2016, cuja liminar foi deferida fixando algumas teses, como a de exigir, para o fornecimento judicial, a comprovação de que os medicamentos e tecnologias sejam de comprovada segurança, a existência cabal do uso das melhores práticas de evidência científica, a necessidade de o medicamento ter sido analisado previamente pelos órgãos sanitários de controle.

A decisão fez observar que o conteúdo do art. 196 da Constituição Federal não abarca todo e qualquer método, mas apenas aquelas tecnologias dotadas de segurança, eficácia e qualidade terapêutica, sendo indispensável a avaliação prévia de estudos clínicos.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestou entendimento semelhante no Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, engendrando o Tema 106, que firmou a seguinte tese:

> A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Isso significa que o STJ passou também a exigir elementos técnicos, e não só jurídicos, para a concessão de medicamentos e novas tecnologias via judicial contra o Estado.

O STF, no ano passado, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 657.718, fixou a seguinte tese em repercussão geral:

> 1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 22.05.2019.

Novamente o Supremo reafirma a necessidade de um lastro científico mínimo para a concessão de medicamentos ou tecnologias em saúde pela via judicial. A vincular a viabilidade do pedido ao prévio registro na Anvisa ou, subsidiariamente, a outras renomadas agências de regulação do exterior, a Corte deixou claro que confia nos critérios fixados pelas autoridades com conhecimento técnico da área da saúde, entendendo que o registro supriria a certificação de eficácia, ausência de risco e qualidade terapêutica.

E em decisão recente e ainda não publicada, em 11 de março de 2020, no RE nº 566.471, o Supremo Tribunal Federal julgou

em sede de repercussão geral que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo pela via judicial quando não previstos no Sistema Único de Saúde – SUS (STF, 2020).

Entendeu, porém, que poderá o Estado ser obrigado a fornecer os medicamentos se comprovada sua extrema necessidade e a incapacidade financeira do paciente, desde que registrado na Anvisa, ou seja, desde que existam elementos técnicos validados por autoridades a demonstrar a eficácia da tecnologia pretendida.

Disse na oportunidade o ministro Alexandre de Moraes que "não há mágica orçamentária e não há nenhum país do mundo que garanta acesso a todos os medicamentos e tratamentos de forma generalizada".

De fato, parece que o Judiciário começa a acordar para o fato de que, por maiores e melhores que sejam as intenções, ainda assim estarão limitadas pela escassez de recursos do plano material.

Voltando ao "se fosse alguém de sua família", é óbvio que qualquer pessoa normal , diante da falta de medicamentos para uma enfermidade, buscará qualquer coisa que dê alguma esperança, por mais custoso que seja, tanto emocional quanto financeiramente. Ninguém deixará de mover mundos e fundos para salvar alguém que ama. O dilema, e o infortúnio, de médicos e magistrados é que nós somos "parentes" de toda a sociedade: todos estão sob nosso cuidado, temos que entender que as soluções não são perfeitas, os recursos não são infinitos, e que cada decisão (médica ou jurídica) impacta outras pessoas.

E o que fazer com os pobres? Ora, todos sabemos que eles de fato são espoliados, de fato precisam de maior cuidado, de fato são titulares de direitos. A solução passa por vários vetores, a começar pelo combate à corrupção e ao desvio e desperdício de recursos públicos. Cremos que a solução da UTI passa pelo

aperfeiçoamento de nossa democracia, pela transparência na gestão pública, pelo aperfeiçoamento das instituições. Cremos que as medidas judiciais passam mais por ações civis públicas do que por ações individuais, e mesmo nas ACP os magistrados deverão estar atentos à realidade. Não queremos abrir mão de fazer justiça em conformidade com a lei, de analisar os casos, nem de socorrer quem necessita, mas temos que estar atentos e sensíveis à realidade e aos impactos sobre outros cidadãos que, ricos ou pobres, são também titulares de direitos.

IX

A saúde esquecida e o tempo perdido

Não duvidamos que algum leitor venha a se insurgir quanto às limitações apresentadas quanto à efetivação do direito à saúde. A esse leitor, alertamos que nós também não ficamos satisfeitos com as nossas limitações, mas precisamos alertar as pessoas para os problemas jurídicos, práticos e morais envolvidos. Para muitos é preciso resolver porque… bem, é preciso resolver, e o gestor que dê um jeito. Esse “dar um jeito” costuma levar algum tempo e, enquanto isso, a solução sobre o uso de bens escassos deve preservar um mínimo de bom senso e de justiça.

O nosso objetivo com este texto não é limitar a responsabilidade do Poder Público, do plano de saúde ou justificar a falta de investimento. Ao contrário, queremos que a Constituição e os contratos sejam cumpridos, e para isso precisamos de muito investimento e tempo. Não podemos desistir disso.

A ideia que move este texto é demonstrar que em situações de escassez de recursos, seja por qual motivo for, é preciso fazer escolhas e desenvolver critérios para elas. Estamos enfrentando um problema prático e, no mais das vezes, imediato.

Talvez se os italianos soubessem que seriam assolados por uma doença que só na data de 19 de março levou mais de 600 pessoas teriam investido em mais estrutura de saúde. Ou melhor, teriam até fechado seu espaço aéreo. Mas os eventos foram

imprevisíveis, um verdadeiro “cisne negro” que somente é possível visualizar retroativamente. No caso brasileiro, precisamos nos mover para garantir os direitos já assegurados na Constituição e, de preferência, sem que o cidadão ainda precise recorrer ao Judiciário para ter acesso a eles. Em paralelo, diante da pandemia, aprender a criar mecanismos para enfrentar esse tipo de situação. Enquanto construímos tudo isso, em determinado momento, diante de recursos limitados, precisamos discutir e decidir quais escolhas devem ser feitas, refletir sobre como podemos agir com justiça.

Isso não significa que legitimados para ingressar com ações civis públicas, como o Ministério Público, a Defensoria Pública e a própria OAB, não devam demandar de forma coletiva pela melhora dos recursos em saúde, mas sim que tanto as demandas quanto as decisões levem em conta a realidade, lidem com os fatos, e não apenas com desejos. Também não isenta eventual gestor de responder por sua desídia, em conformidade com o ordenamento brasileiro, como é o caso da Lei de Improbidade Administrativa.

Destaque-se que casos de crise geral e pandemia são mais que imprevisíveis, eles sequer encontram-se no radar de possibilidade, e por isso é muito difícil que alguém esteja preparado para eles. Prova disso é que nenhum país até agora conseguiu lidar com 100% de sucesso com o Coronavírus, todos apresentaram perdas.

Como dito ao longo do texto, a OMS indica um número de leitos previsíveis de acordo com a quantidade de pessoas em certa localidade. Apontamos, inclusive, que existem estudos que destacam a má distribuição de leitos de UTI e o seu baixo número no país.

Mas é importante ter em mente que ainda que o Poder Público tenha sido omisso por décadas não vai mudar o fato de

que naquele instante, em determinado cenário, não há leitos de UTI suficientes, nem mesmo para serem alugados de hospitais privados.

Partimos de exemplos simples que não têm a pretensão de esgotar a realidade que é muito mais complexa e demanda um conhecimento não só de Direito, mas de como funcionam os fluxos de saúde.

Apontamos essa deficiência no conhecimento de alguns operadores do Direito e suscitamos um debate que passe ao largo da cômoda posição de culpar as autoridades por tudo. Se erraram, que sejam tomadas as medidas legais, mas que não queiramos exigir delas o impossível. Igualmente, errando ou acertando, em um momento de pandemia o número de leitos é determinado e a possibilidade de aumentá-los é reduzida.

Apenas para dar um exemplo de como a falta de conhecimento prático traz interpretações ou decisões equivocadas, citamos ser possível que em uma visita a hospitais se encontrem leitos de UTI vagos, embora conste que estejam ocupados. A primeira ideia é de que se trata de má gestão ou de tentativa de "guardar vaga" em busca de vantagem. Embora isso possa ser eventualmente o caso, muitas vezes não é.

Quando dissemos que é preciso conhecer de saúde é justamente para entender que há leitos que são reservados para pacientes que se encontram em cirurgias, de forma que o fato de não estar ocupado não significa que está livre. O paciente saindo do procedimento será imediatamente levado para o suporte intensivo.

É preciso entender que em alguns casos, por mais poderosa que seja uma pessoa, ela não conseguirá uma vaga em leito se não houver nenhuma disponível, e é nesse cenário cartesiano que trabalhamos. É impossível voltar no tempo e forçar o gestor público a providenciar leitos. Também não é possível fazer sur-

gir leito de UTI apenas porque o Estado tem dinheiro em caixa quando o recurso é escasso.

Outro ponto também que se torna relevante demonstrar é que não se faz boa judicialização de saúde no varejo, caso a caso, porque isso acentua a desigualdade dos que não ingressam com ação e desregula a gestão.

Não significa que a judicialização não deve ocorrer, porque ela tem lados muito positivos, como o de fazer com que o Poder Público incorpore medicamentos e tecnologias de avalizada qualidade terapêutica. A ação do Judiciário pode ter excelente reflexo, em especial se os Poderes e agentes públicos atuarem não de forma hostil entre si, mas todos movidos pelo interesse e espírito público.

A essência, contudo, é que essa judicialização deve ser feita com base nos fatos, e não nas intenções. Se os legitimados para as ações coletivas já identificavam a carência de leitos de UTI, deveriam ingressar com medidas competentes que favorecessem toda a sociedade, e não casos pontuais. Inclusive de responsabilização do gestor, como permite a lei.

Ainda assim, repetimos que nenhuma dessas medidas redundará em efetividade diante de um cenário de medicina de catástrofe. E é justamente quando as boas intenções e as políticas imaginativas precisam confrontar a realidade que nosso texto surge como uma proposta de reflexão, sem que tenhamos nenhuma pretensão senão esta: colocar essas questões em discussão.

E é assim que esperamos que esta obra seja recebida, como um convite a novos olhares, como uma saída da torre de marfim para o nível do olho no olho, do conhecimento dos fatos e das responsabilidades, para que o máximo de bem alcance o número maior de pessoas sempre.

Conclusão: a pandemia como reveladora da escassez e de novos paradigmas

Nesse ponto é primordial que exista um diálogo aberto e transparente do poder público com a população e profissionais do Direito e com o Judiciário.

Quem procura o serviço de saúde, seja público ou suplementar, quer uma resposta. É preciso que aquele que espera e sua família saibam que não estão sendo simplesmente colocados de lado e existe método e transparência sobre o que está sendo feito, como, aliás, adverte a cartilha italiana.

Se em momentos de normalidade quem depende dos serviços de saúde e seus familiares já estão abalados, muito mais se pode esperar em períodos de anormalidade, como o da atual pandemia de coronavírus, que tem gerado histeria na população e prato cheio para o charlatanismo, que tem oferecido "imunização" e curas mirabolantes, como "sorinho imunizante" e, por incrível que pareça, até "ozônio retal" para combater a pandemia.

Urge transparência e publicidade que nem sempre existem no serviço público, embora devessem, e nesse dever não há nada de impossível ou imaginativo, tão somente demanda boa vontade e humanidade.

Já se anunciam em todas as mídias a possível cura para o coronavírus. Estados em todo o país começam a fechar lojas,

cancelar eventos, jogos, toda atividade coletiva. Tribunais e órgãos públicos trabalhando em regime domiciliar, assim como muitas empresas privadas.

A depender de como se desenvolverá a epidemia no país, os já escassos recursos de saúde se tornarão ainda mais escassos. Leitos de UTI ocupados pela regular demanda de patologias nossas passarão a ser disputados pelos doentes acometidos do novo vírus.

Hospitais e postos de saúde lotados, em grande parte pelo medo e pela comoção populares.

Prenuncia-se ainda uma recessão no país, seguindo a provável recessão mundial, o que trará catastróficos resultados financeiros para a população e, por consequência, como o Estado vive do que tira do contribuinte, também na saúde pública, o que implicará ainda menos recursos.

Enquanto esse texto está sendo finalizado, recebemos a informação de que o Hospital Israelita Albert Eintein passou a limitar a realização do exame de identificação de contaminação por coronavírus apenas para pacientes com sintomas e indicação médica (CORREIO).

A demanda pelo teste cresceu exponencialmente em uma semana, de 200 exames diários em 9 de março para 1.500 diariamente, inviabilizando a atuação do hospital.

Como já prevíamos, a busca pelos serviços de saúde tende a crescer de forma geométrica, em parte pela contaminação, em parte pela histeria que toma conta do povo. Com isso, mesmo serviços particulares, como o mencionado Albert Einstein, se mostram incapazes de atender à demanda.

Isso só reforça a tese de que a escassez de recursos demanda uma racionalização com base em princípios, e o princípio adotado na prática pelo hospital foi de só realizar exames em

quem apresentou sintomas, ou seja, uma escolha baseada em critérios médicos.

Mas não é de espantar se começarem a judicializar exigindo que toda a população seja submetida ao teste, com ou sem sintomas, à expensa da saúde pública.

Nesse cenário todo haverá um salto imediato na judicialização da saúde não apenas de UTI, mas também para medicamentos e cirurgias, já que alguns Estados estão desmarcando as cirurgias eletivas para que estejam disponíveis os leitos e recursos para tratar os casos de coronavírus.

O Judiciário é na verdade o termômetro de quando as coisas deram errado. Quando as demandas chegam às suas portas é porque o crime já foi praticado, a lesão ao direito já ocorreu. Assim, o aumento da judicialização deverá saber separar o que é direito do que é desejo, guiando-se por critérios científicos mais do que ideológicos.

Todos os agentes públicos, de todos os Poderes, devem trabalhar para que as soluções sejam dadas primeiro pelo Poder Legislativo, em seguida pelo Executivo, sobre cujos ombros naturalmente estão as maiores responsabilidades de transformação, e, só no fim, e de forma que se espera o menos massiça possível, do Judiciário.

E se os médicos italianos precisam de observação para aferir possível estafa mental e síndrome de *burnout*, os juízes brasileiros já sobrecarregados também precisarão.

Na condição de professores, estamos acostumados a pedir aos alunos que deem de si um pouco mais do que acham que são capazes, ou as vezes, efetivamente mais do que são capazes. Isso faz nossos alunos progredirem. No entanto, esse pedido por "mais" deve ser dosado e equilibrado, deve ser ponderado e razoável. Se pedirmos ao aluno um pouco mais, e se o ajudarmos,

ele cresce e se torna de fato capaz. Então, sem desistir do sonho, pedimos mais um pouco. O aluno, ciente de suas últimas vitórias, e confiando nos mestres e mentores, e tendo algo factível pela frente, mais uma vez progride.

Ao longo do tempo, tornam-se adultos, profissionais capazes e cidadãos extraordinários. Porém, se pedimos o impossível, não temos progresso algum e ainda o relegamos a um sentimento de derrota e insuficiência. Se não soubermos trabalhar, pioramos o aluno. O exemplo que o segundo autor costuma dar é o do elástico: se não o esticarmos um pouco ele nunca será aquilo para o qual nasceu, mas se esticarmos demais nós o arrebentamos.

Entendemos que no combate à injustiça e à pobreza, e na busca pelos desejados direitos inseridos na Constituição, devemos manter o idealismo, mas sempre de forma serena e razoável, sempre atentos à necessidade de sermos sábios. Sempre lembrando que a solução geral é melhor que a isolada, e que a construção depende de toda a sociedade e de todos os Poderes, agindo em harmonia e não em espírito de usurpação e/ou hostilidade.

Médicos e magistrados costumam ser, vez ou outra, acusados de agirem como se fossem deuses. Cremos que parte do problema decorre de tais pessoas exercerem, de fato, missões divinas ou quase divinas: curar, regular e julgar são funções nobres e difíceis, nas quais costumeiramente nos deparamos com as limitações humanas e, no afã de cumprir nossos melhores propósitos, de fato invejamos a onipotência, a onipresença e a onisciência que são características dEle, não nossas. A tentação que todos temos que vencer é lembrar que as funções podem ser divinas, mas nós não somos. Nessas horas, a humildade e o reconhecimento de outros saberes e outros desafios e obstáculos, vividos por outros profissionais tão sérios e de boa-fé, sal-

varão não só nossa sanidade como também a sanidade mínima do sistema.

A fantasia cabe bem à literatura, mas, se levada a sério, os resultados serão trágicos. A tragédia cabe bem na literatura, mas não a queremos nas ruas ou em nossas casas.

Precisamos nos unir em torno do possível e querer sim, ardentemente, aquilo que ainda não conquistamos. Mas precisamos fazer isso com bom senso e humildade, atentos à realidade e à capacidade efetiva de nela fazermos intervenções e progressos, sempre respeitando os demais espaços, poderes e profissionais.

Embora alvo de pilhéria, há uma obra que todos deveriam ler mais de uma vez porque ensina sobre a vida em várias camadas de profundidade. É o livro *O Pequeno Príncipe*, de Saint-Exupéry.

Há nele um trecho de quando o protagonista chega ao planeta do rei e inicia o seguinte diálogo (SAINT-EXUPERY, cap. X):

> – Eu desejava ver um pôr-do- sol... Fazei-me esse favor. Ordenai ao sol que se ponha...
>
> – Se eu ordenasse a meu general voar de uma flor a outra como borboleta, ou escrever uma tragédia, ou transformar-se em gaivota, e o general não executasse a ordem recebida, quem – ele ou eu – estaria errado?
>
> – Vós, respondeu com firmeza o principezinho.
>
> – Exato. É preciso exigir de cada um o que cada um pode dar, replicou o rei. A autoridade repousa sobre a razão. Se ordenares a teu povo que ele se lance ao mar, farão todos revolução. Eu tenho o direito de exigir obediência porque minhas ordens são razoáveis.

Nesse momento de pandemia e de risco de implosão do sistema de saúde por mais demanda que oferta, o Judiciário será procurado e precisará decidir mais com a pragmática sabedoria salomônica do que com o paternalismo do bem-estar estatal e das políticas imaginativas.

Resta saber se ele terá aprendido a lição do rei d'*O Pequeno Príncipe*, de que a autoridade repousa sobre a razão e de que só se pode exigir de cada um aquilo que ele é capaz de dar.

Repetindo, a fantasia cabe bem à literatura, mas, se levada a sério, os resultados serão trágicos.

Referências

ANJOS, Anna Beatriz et al. **Em meio à pandemia de coronavírus, Brasil enfrenta "desertos" de UTIs.** 13.03.2020. Agência Pública. Disponível em: <https://apublica.org/2020/03/em-meio-a-pandemia-de-coronavirus-brasil-enfrenta-desertos-de-utis/>. Acesso em: 14 mar. 2020.

BLASI, Erica Di. **Italians over 80 'will be left to die' as country overwhelmed by coronavirus.** Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/news/2020/03/14/italians-80-will-left-die-country-overwhelmed-coronavirus/>.

CORREA, Carlos Pinto. O trágico e a tragédia, vinculação e escolha. **Cogito**, Salvador, v. 7, p. 41-47, 2006. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-94792006000100007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 17 mar. 2020.

CORREIO BRAZILIENSE. **Com alta demanda, Hospital Albert Einstein limita exames para coronavírus**. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/03/17/interna-brasil,834802/alta-demanda-hospital-albert-einstein-limita-exames-para-coronavirus.shtml>.

COSTI, Címtia Gonçalves. A saúde do magistrado: um breve levantamento bibliográfico. **Revista da ESMESC**, v. 20, n. 26, 2013. p. 203/222.

GARSCHAGEN, Bruno. Michael Oakeshott e os perigos da política da fé. **Gazeta do Povo.** Publicado em 20.11.2016. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/colunistas/bruno-garschagen/michael-oakeshott-e-os-perigos-da-politica-de-fe-6txb38l0s8sqm6sztp5yngvrq/>. Acesso em: 14 mar. 2020.

GOLDWASSER, Rosen Sonia et al. Dificuldades de acesso e estimativas de leitos públicos para unidades de terapia intensiva no Estado do Rio de Janeiro. **Revista Saúde Pública**, 2016, 50:19.

INSPER. **Judicialização da saúde no Brasil:** perfil das demandas, causas e propostas de solução. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/03/relatorio-judicializacao-saude-Insper-CNJ.pdf>.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOUNK, Yascha. The extraordinary decisions facing italian doctors. **The Atlantic.** Publicado em 11.03.2020. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/who-gets-hospital-bed/607807/>. Acesso em: 14 mar. 2020.

NETO, João Pedro Gebran; SCHULZE, Clenio Jair. **Direito à saúde. Análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015

OAKESHOTT, Michael. **A política da fé e a política do ceticismo**. É Realizações Editora,2018.

SAINT-EXUPERY, Antoine de. **O pequeno príncipe.** São Paulo: Agir.

STF. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe. asp?idConteudo=439095>.

VERGANO, Marco et al. **Raccomandazioni di etica clinica per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili.** Publicado em 06.03.2020. SIAART. Disponível em: <http://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20-%20Covid19%20-%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2020.